



UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
FACULTAD DE DERECHO
GRADO EN DERECHO

**LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN
EL DERECHO**

GENDER MAINSTREAMING IN LAW

Autora: RAQUEL COTERILLO LASO

Directora: MARIA OLGA SANCHEZ MARTINEZ

6 de Julio de 2020.

RESUMEN

La perspectiva de género es un instrumento multidireccional que supera la diferenciación sexual. Acoge otras categorías como la raza o la etnia, y analiza la construcción social y cultural, así como los roles de géneros asociados por una sociedad patriarcal, identificando lo femenino y lo masculino. Su objetivo es plasmar la desigualdad de género en todas las clases sociales y llegar a una igualdad material.

Pretende desnaturalizar el rol hegemónico vinculado a lo masculino heterosexual, a través del estudio del impacto de género, en las oportunidades de las personas y sus interacciones.

En el marco jurídico internacional, destaca la CEDAW, así como la Cuarta Conferencia mundial sobre la mujer de Beijing. Mientras que en España, la LO 3/2007 representa la norma base de igualdad efectiva. Avanza en la legislación sobre la conciliación familiar y laboral femenina, y acoso sexual en el trabajo, entre otros muchos temas propios del género.

Respecto a la jurisprudencia, los operadores jurídicos atienden, en el ámbito laboral, cada vez, con mayor precisión, las circunstancias sociales de ambos géneros, traducándose en sentencias justas. Primero, se exponen sentencias sobre la discriminación directa por razón de género, desde la imposición de un código de vestimenta diferenciado a los hombres, pasando por el despido por causa de embarazo, llegando al acoso sexual en el trabajo. En segundo lugar, se exponen sentencias sobre discriminación indirecta, en concreto, sobre la corresponsabilidad de ambos progenitores para lograr que ambos puedan dedicarse a su profesión y su familia, y la retribución salarial discriminatoria.

Aunque, en general, todavía queda un largo camino para proclamar una igualdad no solo formal, sino también efectiva, los avances son evidentes.

ABSTRACT

The gender perspective is a multidirectional instrument which overcomes sexual differentiation. It includes other categories such as race or ethnicity, and

analyses the social and cultural construction, as well as the gender roles associated with a patriarchal society, identifying the feminine and the masculine. Its aim is to translate gender inequality into all social classes and achieve material equality.

It seeks to eradicate the hegemonic role linked to the heterosexual masculine, through the study of the gender impact on people's opportunities and their interactions.

In the international legal framework, CEDAW stands out, as does the Fourth World Conference on Women in Beijing. Whereas in Spain, LO 3/2007 represents the basic rule of effective equality. This represents a step forward in the legislation for reconciling work and family life and sexual harassment in the workplace, among many other topics specific to the genre.

With regard to case-law, in the work sphere, legal operators are dealing with the social circumstances of both sexes with increasing precision, resulting in fair sentences. Firstly, sentences on gender-based discrimination are exposed, from the imposition of a dress code, dismissals due to pregnancy, to sexual harassment at work. Secondly, sentences on indirect discrimination, specifically on the joint responsibility of both parents to pursue their profession and family, and wage discrimination.

Although, in general, there is still a long way to go to proclaim not only formal but also effective equality, the progress is evident.

PALABRAS CLAVE

Perspectiva de género, sexo, techo de cristal, conciliación, corresponsabilidad, estereotipos de género, discriminación por razón de sexo, igualdad efectiva

KEY WORDS

Gender perspective, sex, glass ceiling, conciliation, co-responsibility, gender stereotypes, gender discrimination, effective equality

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS

- 1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PERSPECTIVA DE GÉNERO?**
- 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES**
 - 2.1 IGUALDAD EFECTIVA EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL**
 - 2.2 IGUALDAD EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**
- 3. LO 3/2007 PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES**
 - 3.1 CORRESPONSABILIDAD EN LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**
 - 3.2 ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL TRABAJO**
- 4. RECORRIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO**
 - 4.1 DERECHO PENAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**
 - 4.2 DERECHO CIVIL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**
 - 4.3 DERECHO PROCESAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**
- 5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y CONSTITUCIONAL SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO LABORAL**
 - 5.1 SENTENCIAS SOBRE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO**
 - 5.1.1 DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO DE VESTIMENTA**
 - 5.1.2 DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR EMBARAZO**
 - 5.1.3 ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO**
 - 5.2 SENTENCIAS SOBRE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO**
 - 5.2.1 CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**
 - 5.2.2 DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA RETRIBUCIÓN SALARIAL**
- 6. CONCLUSIONES**
- 7. BIBLIOGRAFÍA**

ABREVIATURAS

CEDAW.....Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

CGPJ.....Consejo General del Poder Judicial

STS.....Sentencia del Tribunal Supremo

CP.....Código Penal

CC.....Código Civil

LEC.....Ley de Enjuiciamiento Criminal

TEDH.....Tribunal Europeo de Derechos Humanos

LOIEMH.....Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LISOS.....Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LPL.....Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PERSPECTIVA DE GÉNERO?

Actualmente, es innegable el avance conseguido en materia de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, tanto en el ordenamiento interno, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, la eficacia real de los derechos en condiciones de igualdad, todavía no se ha logrado. En concreto, esta situación se agrava en el caso de las mujeres, quienes, debido a las construcciones sociales basadas en el sexo, sufren una especial vulnerabilidad.

Ello se refleja en la aplicación e interpretación de la normativa vigente. Por este motivo, son los operadores jurídicos, al igual que el legislador, quienes deben conseguir establecer la igualdad no solo formal, sino también material.

La dignidad e integridad de la persona, así como la igualdad y no discriminación, deben constituir elementos esenciales del sistema jurídico de todo Estado constitucional y democrático de Derecho. Deben ser consideradas no solo valores y principios constitucionales, sino derechos exigibles, a través de instancias y mecanismos encargados de su protección.

La labor de los magistrados constitucionales se convierte en indispensable para lograr una igualdad efectiva de derechos, sin discriminación de ningún tipo.

La situación de desventaja y opresión que sufren las mujeres, basada en las diferencias asociadas al sexo, ha sido analizada por las diferentes corrientes del pensamiento feminista, quienes entienden que no responde a características biológicas que determinan su inferioridad, sino que únicamente se explica por la construcción social y cultural de la sociedad.

Por otro lado, vemos cómo los términos “género” y “sexo”, son confundidos y utilizados de forma difusa en la mayoría de ocasiones. Es importante realizar una diferenciación entre ellos, y así entender qué significa realmente el enfoque de género.

El concepto de “género” se refiere al conjunto de características y comportamientos, a los roles impuestos a cada sexo mediante procesos de socialización, reforzados por la ideología e instituciones patriarcales. Mientras que la categoría “sexo”

alude a los aspectos físicos, biológicos y anatómicos que diferencian a machos y hembras¹.

Asimismo, el enfoque de género plasma la existencia de una estructura patriarcal, de poder asimétrica, que asigna valores, posiciones, hábitos diferenciales a cada sexo, establece los roles de género, y, además, estructura un sistema de relaciones de poder conforme a ello, en base a una lógica cultural, social, económica y política, presente en todas las esferas de las relaciones sociales.

Representa el prisma que permite desentrañar aspectos que de otra manera se mantendrían invisibles. De esta manera, se pasa de analizar qué hacen y qué tienen las mujeres y los varones de un grupo social determinado, a considerar imprescindible la comprensión del significado de esta división, las formas en que culturalmente se legitima las vivencias de cada grupo, y las construcciones de sus identidades.

El análisis comprende dimensiones que aluden tanto al trasfondo cultural de las relaciones de género, como a su carácter político. Se comienza a replantear los poderes, ya no sólo en la vida cotidiana, sino llegando a las esferas más amplias de la sociedad, destacando la política y la economía².

Los estudios de género han definido el sistema sexo-género entendiendo que las categorías «mujer» y «varón» son productos culturales. Se afirma que son construcciones sociales que informan a sus integrantes cómo deben ser, cómo deben vestir o actuar, y qué deben sentir³.

Este sistema lo que hace es desarrollar una identidad determinada, que reproducen las sociedades y las culturas.

¹Cfr. GARCÉS, P.C., y PORTAL, D. C., “La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?”, *Pensamiento Constitucional*, Vol.21, Perú, 2016, pp. 108-111

²Cfr. PAUTASSI, L., “La igualdad en espera: el enfoque de género”, *Revista Lecciones y Ensayos*, vol. 89, 2011, pp. 280-281.

³ Cfr. RUIZ, P., “Una aproximación al concepto de género”, En *Sobre género, derecho y discriminación*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Defensoría del Pueblo, 1999, p.4.

Lo explicado hasta ahora, encuentra su sentido, en un primer momento del surgimiento de la perspectiva de género. Su desarrollo y estudio permitió dar un paso más en este análisis sobre el sistema sexo-género. Y en cuanto a la perspectiva de género, solo se identificaba con el “sexo femenino”.

En un segundo estadio, se pasa a un sistema de género que supera la diferencia sexual, y atiende a otras categorías como la raza, la etnia o la clase, interrelacionándose entre ellas, y evidenciando múltiples formas de discriminación que recaen sobre las mujeres. Por ejemplo, se amplía este análisis a la situación de discriminación, violencia y exclusión, que sufren las personas LGTB, por no encajar en el modelo “tradicional” y normativo de ser ciudadano y sujeto de derechos.

Solo de esta forma se llega a incorporar otras categorías al evaluar la discriminación. Ello evidencia que no es unidireccional esta perspectiva de género.

A modo de conclusión, la perspectiva de género podría considerarse como un instrumento de análisis que muestra las diferencias sociales y culturales que están asociadas a la posición masculina y femenina. No trata únicamente de la diferenciación sobre la base del sexo, sino que incluye relaciones de poder genérico hegemónico vinculado a lo masculino y heterosexual. Permite superar las dicotomías propias de nuestra forma de ver la realidad, esto es, la diferencia entre lo racional y afectivo, fuerte y débil, masculino y femenino, o superior e inferior. Implicando un análisis más complejo.

Es imprescindible tener en cuenta que esta perspectiva interseccional es esencial para lograr una protección efectiva del derecho de igualdad.

El *Informe del Consejo Económico y Social correspondiente a 1997 de Naciones Unidas* define la incorporación de esta perspectiva de género como:

“el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por

igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros”⁴.

Sin embargo, esta incorporación no será posible si no existe una clara voluntad política; una sincera conciencia de los Gobiernos en seguir avanzando en esta materia, esforzándose en desarrollar medidas, orientaciones, legislación. El Gobierno debe transmitir a su pueblo la necesaria unión de todos para conseguir la igualdad.

Además de la voluntad política, es necesaria la asignación de recursos humanos y financieros suficientes, así como, otras fuentes de financiación disponibles.

Respecto a los fondos y programas, al igual que los organismos especializados de la ONU, el Gobierno tiene el deber de asegurarse que, a la hora de adoptarse medidas, cualquier acto, fije entre sus prioridades las preocupaciones relativas a la igualdad de género. Esto lo realizará a través de una evaluación de todas las medidas necesarias para la incorporación de la perspectiva de género en la legislación, a nivel nacional, autonómico y local. Todas las administraciones deben seguir directrices en base a la igualdad de género, que aplicarán en sus decisiones en función de las competencias que tengan.

Otra condición necesaria es la presencia de especialistas en igualdad género. Solo de esta manera, se verá reflejada realmente esta perspectiva en el conjunto de normas emitidas por la organización, para entrar posteriormente en el ordenamiento interno de cada país.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES

2.1 LA IGUALDAD EFECTIVA EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789*, llegó la proclamación de la igualdad y la libertad como principios inherentes a la naturaleza humana, simbolizando el pacto de reconocimiento de igualdad en derechos.

⁴Cfr. Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Consejo Económico y Social correspondiente a 1997*, Suplemento No. 3(A/52/3/Rev.1), Nueva York, 1999, p.24

En 1793 se concluye el proceso de construcción del Estado. El orden jurídico y político, que se había desprendido del nuevo pacto, desplegaría todo su potencial, protegiendo los derechos individuales y estableciendo el orden social.

De esta manera, se limitaba el poder legítimo del Estado, y se garantizaban los derechos de los ciudadanos, el orden social y la seguridad.

Las mujeres no formaron parte de este pacto, ni del reconocimiento de derechos. Sin embargo, a pesar de esta ausencia femenina, no se consideró trascendental que algunos grupos sociales como las mujeres, no estuvieran presentes, debido a la imparcialidad que existió en su elaboración. Esto se observa en la dimensión moral del contenido de la Declaración.

La división de roles masculino-femenino tuvo su reflejo en la separación de los espacios público y privado, y la ubicación de cada uno de los sexos en estos espacios. El sexo femenino en el espacio privado, el masculino en el público. En uno reinaba la dependencia, en el otro la independencia, uno era propio de la actividad doméstica, el otro de la política. Uno el lugar del afecto, del cuidado y de la familia, el otro el de la racionalidad, el ejercicio del poder y los derechos.

Esta separación de la sociedad en sexos, y todo lo que ello llevaba aparejado, no se desarrolló, como se ha señalado, en un marco de igualdad que permitiera sobreponerse a las diferencias en el reconocimiento de derechos. Sin embargo, la igualdad y la diferencia son principios que deben coexistir, todas las personas, independientemente de su género, sexo, deben formar parte de la sociedad con el mismo peso, sin jerarquías, obstáculos ni exclusiones a su ejercicio de derechos y oportunidades.

La incorporación de la perspectiva de género en el análisis del derecho, era la única manera de cuestionar la elaboración de las normas y su aplicación, a manos de los operadores jurídicos en cada caso concreto, plasmando situaciones de injusticia dependiendo el contexto, identificando a los sujetos y sus circunstancias.

Este marco construido, observando las limitaciones a la hora de ejercer los derechos, además de las distintas expresiones de violencia y discriminación sufrida por las mujeres en todo el mundo, fue la base para el nacimiento de un reconocimiento jurídico específico de protección de los derechos fundamentales de las mujeres.

A nivel internacional, la Organización de Naciones Unidas se creó en el año 1945, contexto del fin de la Segunda Guerra Mundial. Ante el escenario presentado por los terribles y sangrientos conflictos bélicos, dotados de un nivel de odio inmensurable,

violando todo tipo de derecho humano, se consideró imprescindible establecer un marco de paz e igualdad.

En el año 1946, se crea la *Comisión Jurídica y Social de la Mujer*, con el objetivo de garantizar la igualdad de las mujeres en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada en 1948⁵.

Ese mismo año, se aprueba en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá; la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recogía la no discriminación por razón de sexo, así como la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el matrimonio.

Se observa un alto grado de concienciación por parte de los organismos internacionales sobre la necesidad de establecer un marco jurídico específico para la protección de los derechos de las mujeres, que se enmarcaría dentro del marco de protección general de derechos humanos.

La situación de vulnerabilidad femenina estaba marcada por la existencia de asimetría de poder y subordinación que dificultaba el reconocimiento real de su ciudadanía, así como de su libre acceso y disfrute de todos los derechos, en condiciones de igualdad.

Uno de los mayores hitos a nivel internacional en la protección de derechos de la mujer, es la aprobación en 1979, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas Discriminación contra la Mujer* (CEDAW). Fue adoptada el 18 de diciembre de 1979, mediante Resolución 34/180 de la Asamblea General. Su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de septiembre de 1981. Logró 130 votos a favor, 10 abstenciones y ningún voto en contra. Ello refleja el consenso ante el reconocimiento de la situación de discriminación de las mujeres a nivel mundial.

Esta Convención entró en vigor durante la Década de la Mujer de las Naciones Unidas (1975-1985). Respondía al escenario evidente de continuas prácticas discriminatorias contra las mujeres, haciendo hincapié en la regulación de las relaciones entre hombres y mujeres en el mundo de lo público, y desde esta visión, adopta pautas

⁵Cfr. BINSTOCK, H., "Towards equality for women: progress in legislation since the adoption of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" en *Serie Mujer y Desarrollo de Naciones Unidas*, Santiago de Chile, 1998, p.9.

para la igualdad en todos los campos, incluyendo la esfera económica en general, y el empleo en particular.

En cuanto a España, su instrumento de ratificación llegaría el 16 de diciembre de 1983. Este Tratado Internacional definió la discriminación contra la mujer como:

“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Significó un gran avance, pero no fue hasta 1990 cuando se reconoció expresamente que los derechos de las mujeres, también son parte de los derechos humanos. Esto ocurre en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, en 1993, cuando se aprobó la *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Se expresa la profunda preocupación «por las diversas formas de discriminación y violencia a que siguen expuestas las mujeres en el mundo y que los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales»

En el año 1995, la IV Conferencia Internacional de la Mujer realizada en Beijing, aprobó la *Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción*. Los Estados Parte reafirman su compromiso de «garantizar la plena aplicación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» y precisan estar convencidos de que los derechos de la mujer son derechos humanos.⁶

Es preciso hacer mención a la Recomendación General 19 que adoptó el Comité de CEDAW, para explicitar que la definición de discriminación contra la mujer del artículo 1, también hace referencia a la violencia contra la mujer:

«En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la

⁶Cfr. Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. (Beijing, 4 a 15 de setiembre de 1995)*. A/CONF.177/20/Rev.1, Nueva York: 1995, p. 2

afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no».

La CEDAW constituye el primer instrumento internacional que va más allá de una simple protección de los derechos individuales de no discriminación, al tener en cuenta la necesidad de adopción de medidas positivas para la promoción de la igualdad material, no solo formal, esto lo hace en el art. 4.1.

De esta manera, reconoce que las desigualdades de hecho representan un obstáculo para el igual ejercicio de los derechos individuales. Sin tomar acciones positivas para aumentar las oportunidades en la participación económica, social, cultural, civil o política, no desaparecerán la desigualdad material, las garantías de igualdad no son suficientes⁷.

Es la primera convención internacional que no se mantiene neutral en términos de género, sino que amplía la extensión de protección de derechos, protegiendo los derechos de las trabajadoras frente a las discriminaciones provocadas por el matrimonio y/o la maternidad.

Además, obliga a los Estados a tomar medidas adecuadas para prohibir y sancionar este tipo de prácticas discriminatorias, al mismo tiempo que deben proteger la maternidad mediante licencias remuneradas, evitando aquellos trabajos que puedan perjudicar a la trabajadora durante el embarazo, prestando servicios de cuidado infantil, y aquellas medidas que permitan combinar las responsabilidades laborales y familiares de los padres.

Por otra parte, reafirma la corresponsabilidad de ambos progenitores al aludir a “los padres” cuando hace referencia al deber de crianza y responsabilidad de la esfera doméstica, y no a la única responsabilidad de la madre⁸.

⁷Cfr. GARCÉS P.C y PORTAL D.C., “La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?”, cit., pp. 117-119.

⁸Cfr. PAUTASSI, L., “La igualdad en espera: el enfoque de género”, cit., pp. 283-284

En relación a la normativa europea, es destacable la *Directiva de 5 de julio del 2006*⁹, que define la igualdad entre hombres y mujeres como principio fundamental del derecho social comunitario, y reconoce el papel que la jurisprudencia del TJCE ha tenido en su formación.

La igualdad constituye un objetivo para la Comunidad Europea, que impone una obligación positiva de promover la igualdad de trato y la no discriminación entre hombres y mujeres en todas las actividades. Abarca desde el acceso al empleo, la formación profesional, hasta la promoción y las condiciones de trabajo.

La Directiva parte de la prohibición de discriminación directa e indirecta, recogiendo como un acto de discriminación el acoso sexual. Alude a las acciones positivas, que buscan garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.

También impone la necesidad de actuar en los países miembros con el apoyo de la legislación, la negociación colectiva y las prácticas nacionales políticas, que deben fijar políticas para prevenir la discriminación por razón de género, en el acceso al empleo, la formación y la promoción.

Gracias a todos los instrumentos jurídicos mencionados, nos encontramos actualmente, con un escenario diferente.

Se trata de un marco jurídico internacional específico de protección de los derechos de las mujeres. Un marco vinculado directamente con la situación de violencia y discriminación, traducido en relaciones de poder, roles de género asignados, así como espacios socialmente destinados de forma diferenciada para las mujeres y los hombres.

A partir de este marco normativo, observamos diversos estándares jurídicos internacionales reflejados en tratados específicos, opiniones consultivas, recomendaciones, o jurisprudencia del TEDH y TJUE.

Todos ellos obedecen a los parámetros definidos de igualdad y no discriminación, estableciendo las medidas básicas que todo Estado debe respetar. Además, serán evaluados en el cumplimiento del deber de proteger y garantizar los derechos de las mujeres. El incumplimiento será sancionado.

⁹ Cfr. Directiva de 5 de julio del 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

2.2 LA IGUALDAD EFECTIVA EN EL MARCO JURÍDICO ESPAÑOL

Para comprender la situación actual española, y la complejidad que conlleva la incorporación de la perspectiva de género en la legislación y jurisprudencia, es preciso saber de dónde venimos, cómo era la situación y cuáles han sido las medidas tomadas.

Durante la dictadura franquista (1936-1975), las mujeres no podían abrir una cuenta corriente, viajar, alquilar un piso o administrar su propio sueldo. Se exigía la licencia marital para numerosos actos.

También tenían restringido el acceso a determinadas profesiones (Judicatura, Fiscalía, Fuerzas Armadas...), y casi imposible era acceder a los más altos cargos. Además, aquellas que obtenían puestos de trabajo en empresas públicas o privadas, soportaban consecuencias debido a políticas desiguales que provocaban el despido por el mero hecho de contraer matrimonio (como era el caso de las telefonistas), con la paradoja de recibir un premio monetario por ese matrimonio.

En el Derecho Penal, ocurría algo curioso. La mujer era considerada sujeto con plena capacidad jurídica para ser castigada (incluso más que los hombres en algunos casos), sin embargo, no tenían capacidad jurídica plena para ejercitar y exigir sus derechos. Y respecto a la violencia de género y la violencia doméstica, no estaban reconocidas en el Código Penal. Sin embargo, sí estaba penado el adulterio femenino, de una forma más grave a si lo cometiera un hombre.

En el caso del uxoricidio en adulterio, el escenario que se presentaba era el siguiente: si el hombre descubría a su mujer siendo infiel y decidía asesinarla por esa razón, la única pena que recibiría, sería el destierro. Mientras que no recibiría pena alguna en caso que no consiguiera llegar a cometer el asesinato, aunque lo hubiera intentado.

Respecto a la violación, la perspectiva de género se ausentaba por completo en la jurisprudencia, ya que a la víctima se le exigía una resistencia casi “heroica” para que se entendiese como tal. Aquellas reacciones que normalmente surgen del pánico o la confusión, no estaban recogidas, así como el cometido contra la esposa, al considerarse un deber conyugal por parte de la mujer, mantener relaciones sexuales en todo momento y circunstancia que al hombre le apeteciera.

Al mismo tiempo que, tampoco se consideraba violación, aquella cometida contra las prostitutas, puesto que, el bien jurídico protegido era la dignidad y honestidad, y no la libertad sexual de estas mujeres, que eran tachadas de deshonestas¹⁰.

La presencia de las mujeres en la Universidad, el mundo laboral o en ámbitos que se entendían destinados a los hombres, se debe a una lucha incesante y dolorosa, liderada por valientes y estudiadas como Ascensión Chirivella o Victoria Kent que, junto a Clara Campoamor y Margarita Nelken, consiguieron adentrarse en el Parlamento español, en época de la Segunda República, cuando las mujeres tenían vetado el derecho a votar, en cambio sí podían ser elegidas.

Fue Clara Campoamor quien consiguió el sufragismo femenino a través del Parlamento. Concepción Arenal accedió a la Facultad de Derecho vestida de hombre y Sarmiza Bilcescu fue la primera mujer en el mundo que obtuvo un Doctorado en Derecho, a finales del siglo XIX.

La supresión de la licencia marital; manifestación de la autoridad marital, y de la consideración de la mujer como un ser incapaz o menor de edad que, para poder realizar actos y contratos, necesitaba la autorización del marido, no llegaría hasta 1975.

Por otra parte, la supresión de la prohibición del acceso femenino a las carreras fiscal y judicial, llegó en 1966. Aunque este acceso no llegó realmente hasta 1973, con el nombramiento de Maria Belén del Valle como fiscal, y de María Jover Carrión como juez comarcal, sin olvidar a Josefina Triguero, nombrada en 1978, primera Jueza de Primera Instancia.

En 2002, Milagros Calvo fue nombrada magistrada del Tribunal Supremo, y tan sólo hace 6 años, en 2014, Ana Ferrer sería la primera mujer en ocupar el puesto en la Sala de lo Penal de este Tribunal.¹¹.

3. LO 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

¹⁰Cfr. GIBERT GRIFO, S., *Balanza de Género*, LoQueNoExiste, Madrid, 2018, p.24.

¹¹Ibídem, p.59

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007 comienza manteniendo:

«La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos entre los que destaca la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer».

Se incorpora en la Ley, la Estrategia de Gender Mainstreaming, para hacer frente a todo tipo de discriminación que las mujeres sufren en el ámbito jurídico, económico, laboral, política, social o cultural. La igualdad efectiva es la base central de esta Ley.

Integra, de forma explícita, el principio de transversalidad de las políticas de género, además del principio de prevención de situaciones de discriminación. Al mismo tiempo que obliga a las Administraciones Públicas a integrar esta perspectiva de género, a la hora de adoptar y ejecutar sus disposiciones normativas, al igual que en el resto de sus actividades.

Se observa la necesidad de elaborar un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que deberá realizar informes sobre impacto de género y una planificación pública, con acciones que busquen la igualdad.

A continuación, procedo a detenerme en dos aspectos fundamentales que requieren un análisis en perspectiva de género y son abordados por la Ley de igualdad. Ambos tienen que ver y condicionan intensamente la vida laboral de la mujer: la corresponsabilidad entre la vida familiar y laboral y el acoso sexual y acoso por razón de sexo.

3.1 CORRESPONSABILIDAD EN LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

La creciente presencia femenina en el mercado laboral y en la vida profesional, ha supuesto una modificación en los patrones tradicionales de distribución de tareas y actividades propias de la esfera pública y privada, provocando que los derechos e instituciones de conciliación de la vida laboral y familiar, se conviertan en principios sociales de primer orden.

Los derechos e instituciones de conciliación, ya no deben ser entendidos como meros derechos de maternidad, sino que deben ser concebidos como derechos de conciliación, con el fin primordial de la búsqueda de la corresponsabilidad en las labores domésticas, familiares y de cuidado.

Este reparto equilibrado de responsabilidades personales, familiares y profesionales entre hombres y mujeres, asumido a partir de la Estrategia Europea de Empleo, adoptada en el Consejo Europeo de Luxemburgo de 1997, y corroborada en el Consejo de Lisboa de 2000, ha asumido una nueva dimensión.

Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar suponen el desarrollo del art. 9.2 CE y se encuentran estrechamente vinculadas a ciertos principios constitucionales, en especial, al principio constitucional relativo a la protección de la familia (art. 39 CE), y al relativo a la no discriminación (art. 14 CE).

La trascendencia social de esta materia se refuerza con la promulgación continuada de normas que buscan fomentar el reconocimiento y la garantía efectiva de las medidas de conciliación, así como su cada vez mayor presencia en el ámbito de la negociación colectiva. A ello se suma la labor jurisprudencial, que se refiere a los objetivos de conciliación como criterios de interpretación teleológica de la normativa en materia de conciliación.

En cuanto a su naturaleza jurídica, preocupa la poca claridad en la formulación de dicho derecho en los textos legales. Pues, en algunos casos, la norma alude a “*los derechos de conciliación*”, como es el caso del art.44 LOIEMH, sin enumerar los derechos que se integran en esta enunciado plural; mientras que en otros casos, la norma emplea un enunciado singular reconociendo “*el derecho individual a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar*”, como es el caso del art.4.3g de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En la actualidad, lo cierto es que, se continúa perpetuando la tendencia tradicional de liberar a la mujer con doble jornada del trabajo remunerado, para que asuma las responsabilidades domésticas y de cuidado. Ello queda plasmado en las estadísticas que, demuestran que a pesar de los avances en el campo de la conciliación, siguen siendo las mujeres, las que hacen uso de las licencias parentales que concede la Ley. La mujer sigue siendo la destinataria principal de las medidas conciliatorias.

Como ejemplo de un enfoque crítico en los estudios sobre la conciliación, el centro de investigación QUIT de la UAB llevó a cabo un estudio con el fin de exponer las resistencias y dificultades socioculturales que plantea la conciliación, en la actual sociedad española. El estudio constata cómo el enorme peso simbólico del modelo “hombre principal proveedor de ingresos y mujer ama de casa cuidadora” que hemos interiorizado, es uno de los factores clave de esas dificultades. Asimismo, destaca cómo

la fuerte aceptación del vigente contrato social entre géneros, era uno de los aspectos que debía confrontarse en las futuras actuaciones conciliadoras.¹².

La adopción de estas medidas de conciliación pasa por varias etapas. En un primer momento, se precisa el deber de protección a la mujer de su doble condición de trabajadora y madre, a través de medidas que permitan conciliar trabajo y familia. En un segundo estadio, se debe reconocer la posibilidad para que los padres trabajadores hagan uso de su permiso de paternidad. Ello refleja que la entrada del padre en las políticas de conciliación, surge a raíz del diseño de derechos derivados y no de derechos subjetivos de titularidad directa. En la tercera fase de la evolución, se produce un cambio jurídico consistente en la tendencia hacia la titularidad indiferenciada (neutra, no sexuada) de los derechos de conciliación como derechos individuales de los trabajadores, sean hombres o mujeres. Finalmente, una última etapa se corresponde con la individualización de los derechos de conciliación en relación al cuidado y atención de los hijos y familiares.

En este sentido, la regulación jurídica de la conciliación debe mantener un enfoque basado en la igualdad de género, prohibiendo cualquier vulneración de los derechos de la mujer a ejercer su derecho a conciliar, pero admitiendo medidas de acción positiva a favor del sexo menos representado en la asunción de las responsabilidades domésticas y de cuidado, que incentiven el ejercicio de la conciliación por el hombre.

Revisando la regulación actual sobre esta materia, observamos la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica, por el nacimiento (que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses) durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

Durante el año 2019, el nacimiento suponía la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante ocho semanas. Las dos primeras, debían disfrutarse de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto, y a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art.68 del

¹² Cfr. TORNS, T., “Conciliación de la vida laboral y familiar o corresponsabilidad: ¿el mismo discurso?”, *Revista interdisciplinar de estudios de género*, Núm. 1, 2011, p.8.

Código Civil. La madre biológica podría ceder al otro progenitor un período de hasta cuatro semanas de su período de suspensión de disfrute no obligatorio.

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas, las primeras seis semanas de la madre biológica inmediatamente posteriores al parto, o las dos semanas del otro progenitor, pueden disfrutarse en períodos semanales, ya sea de forma acumulada o interrumpida, con libre elección de aquellos. Y pueden ser ejercitadas desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto, hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses, con la obligatoria comunicación a la empresa con una antelación mínima de quince días. Este derecho es individual de la persona trabajadora, sin posibilidad de transferirse su ejercicio al otro progenitor.

Si ambos progenitores trabajan en la misma empresa, entonces la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

A partir del 1 de enero del año 2021, se aplicará íntegramente la nueva regulación dispuesta en el *Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 marzo*, y durante el periodo de aplicación paulatina entre los años 2019 y 2020, el nuevo sistema se aplicará con las siguientes particularidades:

- ✚ En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia si realizaba o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica.
- ✚ En el caso de nacimiento, el otro progenitor podrá seguir disfrutando del período de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica, con independencia que en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, se encuentre en situación de incapacidad temporal.
- ✚ En caso que un progenitor no tuviera derecho a suspender su actividad profesional, con derecho a prestación, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de 16 semanas, sin límite aplicable¹³.

¹³ Cfr. Ministerio de Trabajo y Economía Social. “Guía Laboral - Suspensión y extinción del contrato de trabajo”. Disponible en:
http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_1.htm

En un último momento, haremos una breve referencia a la actuación en esta materia de la LOEIMH. La Ley plasma la corresponsabilidad de las labores domésticas y de atención a la familia, introduciendo su carácter de criterio general de actuación de los poderes públicos (art. 15.8 LOEIMH), y reconociendo la conciliación como un derecho de titularidad indistinta, y la posición autónoma de cada sujeto en la titularidad y ejercicio de los derechos de conciliación (art. 44.1 LOEIMH).

Sin embargo, a pesar de que la LOEIMH reconoce la corresponsabilidad como un principio general, no acaba de concretarlo, dejando su concreción a la evolución normativa. Por este motivo, parte de la doctrina critica esta actuación del legislador, respecto a la individualización de los derechos, al no dar un paso más allá hacia la corresponsabilidad, fomentando el disfrute masculino de la reducción de la jornada o de la excedencia con medidas como el establecimiento de privilegios por el disfrute conjunto. Asimismo, el legislador mantiene la calificación de derechos de maternidad, aquellos configurados como derechos de conciliación y cuya titularidad podría ser indistinta e individualizada (como es el caso del permiso de lactancia)¹⁴.

3.2 ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL TRABAJO

El acoso sexual en el trabajo, es un fenómeno social que está saliendo a la luz en los últimos años. Las estadísticas informan sobre la escasez de denuncias que se producen, a pesar de ser un fenómeno cada vez más visible en nuestra sociedad, que afecta mayoritariamente a las mujeres en su entorno de trabajo.

Es incuestionable la necesidad de establecer medidas y estrategias que hagan efectiva la igualdad de hombres y mujeres en el trabajo, y erradiquen las conductas que atenten contra la dignidad de las mujeres. El acoso sexual no es una conducta patológica y fácilmente reconocible, ni tampoco una conducta concreta que pueda ser evaluada y catalogada. Se inscribe dentro de un marco de relaciones donde existe un fuerte desequilibrio de poder. Nos encontramos ante un comportamiento complejo que se manifiesta de diversas formas, no siempre con la misma gravedad y duración.

¹⁴Cfr. RODRÍGUEZ, S., “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Núm. 28, 2011, pp.228-245.

Estas conductas se desarrollan en entornos laborales sexistas. Pueden ir desde requerimientos o proposiciones, chistes, bromas denigrantes sobre la vestimenta, exhibición de carteles o fotografías con contenido sexista, comportamientos físicos o roces indeseados, que suponen una vejación para quien los sufre, hasta el chantaje sexual y agresión física.

El Informe del año 2000 de Comisiones Obreras, indica que el 18% de las trabajadoras españolas, se enfrentan a situaciones en las que los jefes y compañeros invaden su espacio físico, ya sea mediante insinuaciones sexuales no deseadas, o tras recibir chantajes de jefes, que condicionan su permanencia laboral a la aceptación de una relación sexual. El 30% de los incidentes de acoso era protagonizado por trabajadoras sin contrato. Otro dato significativo es que, el 40% de las víctimas, están separadas o divorciadas, esto señala que el estado civil y tener o no pareja estable, constituye un elemento clave a la hora de sufrir un episodio de acoso sexual, más allá del atractivo físico, edad o experiencia laboral¹⁵.

Un componente a tener en cuenta, es la excesiva tolerancia frente a determinadas conductas, o la superficialidad con que, en algunas ocasiones, se aborda su diagnóstico y tratamiento. La razón es la falta de sensibilidad social y preparación suficiente para percibirlo, salvo en manifestaciones extremas. Los operadores jurídicos no son inmunes a esta dificultad, que se agrava por el desconocimiento existente sobre la materia, y la falta de sensibilización.

Otro aspecto que debemos conocer, es la diferenciación que la doctrina ha venido realizando entre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Mientras que en el primero, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter carnal o libidinoso, en el segundo, su objetivo, sería más bien, una manifestación del desprecio que siente hacia las mujeres, la desconfianza en sus capacidades, y en base a ello, la ubicación que fija de ellas en una posición secundaria. Aunque bien es cierto que, en el acoso sexual, no existe únicamente un deseo sexual, sino también una finalidad de dominio o de afirmación de poder.

La psiquiatra francesa, Marie-France Hirigoyen, experta en victimología, pone de manifiesto que, a partir del momento en que una mujer rechaza las intenciones de

¹⁵Cfr. NAVARRO, Y., CLIMENT, J., RUIZ, M., “Percepción social de acoso sexual en el trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 30, Núm. 2, 2012 pp.541-543

carácter sexual por parte de un superior o compañero, es marginada, humillada o incluso maltratada. Esta mezcla de acoso sexual y moral por razón de sexo, está presente en todos los medios profesionales y en todos los niveles de jerarquía.¹⁶

Respecto al acoso moral, se han catalogado hasta 45 formas de conducta hostiles, que pueden constituir acoso, si son repetidas y sistemáticas. Sin embargo, no podrán ser catalogadas de ilegales o irregulares desde la óptica jurídica, es decir, la víctima no podrá defenderse de ellas por vía legal. Se colocaría en una situación de impotencia, si no se entiende que por su sistematicidad y su objetivo destructivo, constituyen acoso antijurídico.

La doctrina es unánime a la hora de rechazar como acoso, una actuación esporádica, aunque haya sido muy agresiva y haya tenido efectos devastadores sobre la salud de la víctima. Los actos agresivos que constituyen acoso moral, deben ser continuos y sistemáticos, para ser considerados como un acto ilegal, de tal forma que aquellos realizados de forma esporádica, serían meras manifestaciones de poca civilidad, educación o incluso de agresividad.¹⁷

En cuanto al avance normativo que ha supuesto la LOIEMH en esta materia, destacan los medios de detección y prevención, y los procedimientos de tutela que posibilita esta Ley. Asimismo, refuerza el papel de complementariedad de la negociación colectiva, y posibilita abordar el problema desde una estrategia global.

En su art.7 incorpora la definición de acoso sexual y acoso por razón del sexo, y los declara discriminatorios. Cumple la exigencia de transposición normativa de la Directiva 2002/73/CE, además de superar la definición contenida en ésta, al no exigir, como sí hace la Directiva, un comportamiento ofensivo “no deseado”, reclamando un expreso no consentimiento. Esto es eliminado en la LOIEMH.

Por otro lado, el art.48 obliga a las empresas a promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, además de *arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o*

¹⁶Cfr. HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A, Barcelona, 2001, p. 90.

¹⁷Cfr. PÉREZ, M.T, “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Núm. 91, 2007, p.186

reclamaciones”. Cita como medidas preventivas; la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, así como, *la realización de campañas informativas o acciones de formación*”. Los representantes de los trabajadores también deberán contribuir a prevenir este acoso; sensibilizando a los trabajadores e informando a la dirección de la empresa de aquellas conductas o comportamientos de este carácter. También, las Administraciones públicas, a través de medidas de protección, deberán sumarse a este deber de prevención de acoso sexual (art.51 LOIEMH).

La LOIEMH no es la única norma que regula esta materia. También la LPRL establece en su art.14 el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, unido al correlativo deber del empresario de garantizar esta protección. Por otra parte, la LISOS tipifica como infracciones muy graves aquellos actos del empresario *contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”(art8.11), así como el acoso sexual (art.13) y acoso por razón de sexo (art.13bis) *dentro del ámbito de las facultades de dirección empresarial*”.

Las sanciones previstas son de tres tipos: social (la nulidad del acto discriminatorio en base al art.17 ET), administrativa (en base al art.8.12 y al art.16.2 de la LISOS) e indemnizatoria (art.180.1 LPL).

En cuanto a la jurisprudencia española, más adelante procederemos a analizar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia.¹⁸.

4. RECORRIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

4.1 DERECHO PENAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Penal, se debe a las modificaciones introducidas por la *LO 1/2004, de 28 de diciembre*, en el Código penal. En concreto, en los arts. 148, 153, 171.4, 5 y 6, 173.2, 468 y 620.

¹⁸Cfr. BRAVO C., "La acción sindical frente al acoso sexual.", *Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO*, 2009,pp.24-30.

El CGPJ ha criticado el Anteproyecto por entender que la acción positiva de mayor protección para la víctima del sexo femenino, provoca un desequilibrio inverso. Explica que no existe ninguna situación de desequilibrio previo desfavorable a la mujer. Y desde la interpretación que realiza del art. 9.2 CE, indica que:

«la técnica de fomento plasmada en medidas de discriminación positiva no es aplicable al ámbito penal ni al orgánico judicial, máxime cuando se establece con carácter de automatismo y sin limitación temporal alguna».

Sin embargo, el desequilibrio se debe analizar desde la tutela material y no formal, desde el punto de vista que permita constatar una mayor necesidad de protección para la mujer en la pareja. No desaparece la tutela de la víctima de sexo masculino, la de menores, personas dependientes o ancianos, que se mantienen al mismo nivel que la de la mujer, aunque se trate de fenómenos cuantitativamente menos significativos.

La LO 1/2004 viene a culminar una etapa legislativa marcada por la adopción de fuertes medidas de lucha contra la violencia doméstica y de género. Esta Ley se fundamenta en el tratamiento desigual de víctimas y delincuentes. No sólo centra la respuesta en el Derecho Penal, sino que ofrece mecanismos de prevención basados en la educación, y una protección integral extendida a todos los sectores jurídicos. Impone la necesidad de superar la igualdad formal, con ayuda de políticas activas que favorezcan la igualdad de hecho.¹⁹.

El aspecto más llamativo de las modificaciones introducidas, y que impregna toda su esencia, es el tratamiento diferenciado otorgado a las mujeres. Y junto a ello, el tratamiento específico de las víctimas especialmente vulnerables que conviven con el autor. Asimismo, se convierte en delito algunas de las faltas de amenazas y coacciones, y se modifica el delito de quebrantamiento de condena. A continuación, se presentan algunas de las modificaciones.

El art. 148 CP agrava las lesiones previstas en el art. 147 CP en virtud de la cual, si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, *podrán ser*

¹⁹Cfr. FARALDO, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista penal*, Núm.17, 2006, pp.87-92

castigadas con la pena de dos a cinco años de prisión (art. 148.4). La agravación opera de forma automática, sólo por el hecho que la víctima sea mujer vinculada o ex vinculada afectivamente al autor. Asimismo, el quinto apartado introduce una nueva agravación para aquellas lesiones que se producen sobre víctimas especialmente vulnerables que convivan con el autor. En este caso, la especial vulnerabilidad deberá probarse en cada caso, mientras que si la víctima es mujer, se presume ex lege.

La LO vuelve a reformar el art. 153 CP, indicando que, aquel que causare a otro menoscabo psíquico o una lesión que no menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, sin requerimiento de primera asistencia facultativa o tratamiento médico, así como, golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, siempre que *la afectada sea o haya sido esposa, o mujer vinculada a él por una análoga relación de afectividad, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días*".

Sin embargo, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá imponer la pena inferior en grado, atendiendo a *las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho*" (art.153.4).

Por otro lado, el delito de amenazas del art. 171 CP define como delito las conductas de faltas de amenazas leves. Esto sucede cuando la víctima sea o haya sido esposa del autor, o mujer vinculada, ahora previamente a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 171.4). En este caso, se prevé *una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta*".

Y en caso que las amenazas leves se produzcan con armas u otros instrumentos peligrosos, sobre alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena impuesta será *prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días*"(art. 171.5). En el ámbito de las amenazas leves, son castigadas aquellas constitutivas de faltas sobre quien sea o haya sido esposa del autor, obligada por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. La pena a imponer es la de *prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días*".²⁰.

²⁰Cfr. BOLEA C., "En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 9, 2007, pp.13-18

4.2 DERECHO CIVIL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Como espacio de convivencia por excelencia, la familia engloba la mayor parte de las posibles dimensiones de igualdad entre hombres y mujeres.

Este apartado se centrará en profundizar sobre la incorporación de la perspectiva de género en el Derecho de familia, en concreto, sobre las limitaciones de la conciliación entre familia y empleo, la igualdad tras el divorcio, la custodia compartida y el reconocimiento del matrimonio homosexual.

Respecto a la conciliación laboral y familia, ya hemos analizado esta cuestión anteriormente, por lo que ahora, sólo haremos una breve referencia.

La notable transformación social experimentada en las últimas décadas, ha supuesto la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Sin embargo, tal incorporación no se ha traducido en la disminución de sus responsabilidades familiares. La actitud de los hombres respecto a la asunción de tareas domésticas, y de cuidado a los miembros de la familia dependientes, es todavía, más bien pasiva. Mientras que las mujeres españolas se enfrentan a numerosos obstáculos para conciliar su vida laboral y familiar, debido a la multiplicación de responsabilidades, los hombres españoles tienden a no plantearse problemas de conciliación, pues en su gran mayoría, asumen pocas tareas domésticas.

Por otro lado, nos centraremos en las consecuencias de la reorganización o disolución de la familia tras el divorcio o la separación.

En nuestro país, el divorcio experimenta una rectificación de su marco legal en julio de 2005, gracias a la promulgación de la *Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*. Se suprime la exigencia de separación previa y se otorga mayor protagonismo a los miembros de la pareja, a la hora de decidir la ruptura. La ley defiende el respeto al libre desarrollo de la personalidad, y reconoce la importancia de la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado a su pareja. Esta supresión de la necesidad de separación para obtener divorcio, constituye un elemento clave a la hora de explicar el incremento del número de divorcios en los últimos años.

Cabe decir que la reforma de la ley del divorcio ha suscitado reacciones encontradas, incluso dentro del propio movimiento feminista. En concreto, sobre la ausencia de una solución normativa frente al impago de pensiones, o sobre la necesidad de replantearse el régimen de las pensiones alimenticias y/o compensatorias.

Dentro del propio Código Civil, debe hacerse mención del art.1903, que sigue refiriéndose al “*buen padre de familia*” para explicar cómo debe proceder la responsabilidad de los padres respecto a la conducta de sus hijos (o pupilos en caso de tutores), así como en otros artículos repartidos por el Código: art.270, art.497, art.1788, art.1801, art.1105, art.1555, art.1094, art.1867, art.1889, art.1903.

Otro aspecto fundamental en el que debemos detenernos, es el régimen establecido para la custodia compartida. Se basa en el concepto de corresponsabilidad parental, implicando la participación activa y lo más igualitaria posible de ambos progenitores en el cuidado de los hijos. Así, podrán beneficiarse de estancias con ambos, manteniendo las mismas relaciones afectivas con sus progenitores, que están activamente implicados en su atención y crianza. Con este régimen de custodia, se busca que los padres ejerzan realmente de forma conjunta sus deberes, respecto a las necesidades de sus hijos, así como el contacto asiduo con ellos.

El concepto de “custodia compartida” se introdujo de forma explícita con la modificación del artículo 92 CC a través de la *Ley 15/2005, de 8 de julio*.²¹.

La custodia compartida se otorga si se ha solicitado por ambos progenitores. En caso que únicamente lo solicite uno de ellos, será el juez, quien proceda a adoptarla, con la condición que se proteja el interés superior del menor.

Por otro lado, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre los beneficios de la custodia compartida, integrando a los hijos en los distintos contextos de sus progenitores, evitando que el menor sienta pérdida, desapego o cualquier tipo de desequilibrio emocional a raíz de la ruptura, así como se cuestione la idoneidad.

Al final, el objetivo es establecer un marco que se aproxime al previo de la ruptura, favoreciendo que ambos progenitores se relacionen con los hijos en planos de

²¹*Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*

igualdad, y se corresponsabilicen de su educación y cuidados, lo que satisfecerá la relación con el menor, implicándose más en las labores de crianza y educación.²².

Si lo trasladamos a la realidad, vemos cómo poco después de la promulgación de la Ley, en concreto en 2009, la modalidad de custodia compartida no era muy habitual en los procesos matrimoniales. En este año, hubo 98.207 divorcios de los cuales 52.389 procedía atribuir la custodia de los hijos. En 44.048 de los casos (un 84% de las veces) se atribuyó la custodia a la madre, 2.918 (5,5%) al padre, y 5.046 a ambos (9,6%). La custodia compartida no representaba ni el 10% de los resultados. No obstante, se otorgaba casi el doble de veces que la custodia paterna.²³.

Sin embargo, esta tendencia cambió. Si extraemos datos recientes del Instituto Nacional de Estadística (INE), vemos cómo en 2018, la custodia de los hijos menores fue otorgada en el 52,1% de los casos de divorcio y separación entre cónyuges de diferente sexo. En el 61,6% de los casos se otorgó a la madre (65,0% en el año anterior), en el 4,2% de los casos la obtuvo el padre (4,4% en 2017), y en el 33,8% de los casos fue compartida (30,2% en 2017). Así, en menos de 10 años, el escenario ha evolucionado desde un 9,6% a un 33,8% de casos en los que se otorga la custodia compartida.

Y por último, creo conveniente hacer una breve mención del matrimonio homosexual, que, en principio, parece no tener ninguna relación, en el plano teórico, con la igualdad de género, sin embargo, sí existiría dentro de un marco sociológico, puesto que, nos hallamos frente a la trascendencia del concepto de género, un concepto que se utiliza cada vez más para destacar los aspectos culturales, psicológicos y socialmente contruidos del sexo, diferenciándolo de sus componentes meramente biológicos.

²² Cfr. JUSTICIA A., DÍAZ M^aD., CORREDOR G.A, ARCO C., “Custodia compartida: razonamientos judiciales y criterios psicológicos”, *Revista Iberoamericana de Psicología: Ciencia y Tecnología*, Vol.12, Núm. 1, 2019, p. 10.

²³ Cfr. CARRASCO, L.A., “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2011, p. 5.

El matrimonio homosexual permite cuestionarse el modelo único y universal de familia, y, al mismo tiempo, impulsa la emergencia de valores que ponen en crisis dicho modelo hegemónico.

La familia tradicional establece un esquema de asignación de tareas, basado en la complementariedad de roles del hombre y la mujer, y en la sobredeterminación de los roles paterno y materno, o de lo femenino y lo masculino, partiendo de su carácter “natural”. La institucionalización de la unión homosexual, demuestra su carácter rupturista e innovador, pues se trata de un nuevo modelo familiar, que demuestra la idea de que, la institución de la familia, no tiene por qué estar vinculada a una relación de desigualdad entre los cónyuges o, al menos, no basada en el sexo. Se abren, por tanto, nuevos caminos de investigación sociológica que podrían conducir a la reconceptualización del enfoque de género en el interior de la familia.

En España, el matrimonio entre personas del mismo sexo, se hizo posible tras la entrada en vigor de la *Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Nuestro país, forma parte, desde aquel momento, del grupo de cuatro países pioneros en la máxima institucionalización de las uniones del mismo sexo, junto con Holanda (2002), Bélgica (2003) y Canadá (2005).²⁴.

4.3 DERECHO PROCESAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

En este bloque profundizaremos sobre los juzgados de violencia de género y la especialización de sus miembros.

La mayoría de casos sobre violencia de género se desarrolla en juicios rápidos, en concreto, los referentes al maltrato y lesiones no demasiado graves o amenazas. La corta duración de estos procesos conlleva un insuficiente análisis sobre los malos tratos habituales, que sufren la mayor parte de mujeres que denuncian.

La mayoría de los partidos judiciales de España carecen de Juzgados de Violencia exclusivos, pues son, en realidad, juzgados que conocen de la materia a causa

²⁴Cfr.GÓMEZ, V., “El debate en torno a la regulación de la igualdad de género en la familia”, *Política y Sociedad*, Vol.45, Núm.2, 2008, pp. 15-26

de normas de reparto. Únicamente, en las grandes capitales (Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla) existen Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que trabajan todos los días del año, y son en éstos, añadiendo algunos otros de capitales de provincia o ciudades grandes, quienes cumplen el requisito de especialización y formación.

En cuanto al nacimiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no responden a ninguno de los modelos actuales, al tener competencias civiles pero ser de naturaleza penal. No son juzgados mixtos (como los Juzgados de 1º Instancia e Instrucción). Y para acceder a ellos, no se exige especialización ni especialidad.

No quiere ello decir que, los jueces y juezas no sean capaces o no estén preparados para desempeñar su trabajo atendiendo a las víctimas, sino que, no se les exige estarlo. En teoría, se otorga una formación continua, sin embargo, el porcentaje de cursos ofertados de la materia es muy bajo. Además, se trata de una formación voluntaria, y que en ocasiones, no se tiene acceso. A esto se añade el contenido de estos cursos, en muchos casos, enfocándose estrictamente en temas jurídicos, en la aplicación de la Ley.

Respecto a los órganos de enjuiciamiento, tampoco están especializados, aunque esté previsto por la Ley. Sí puede ocurrir que veamos cómo Juzgados de lo Penal, conocen de asuntos de violencia de género, pero se debe a normas de reparto y no por una especialización real. Esta misma realidad se refleja en las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo. Se exige especialización a quienes conocen en primera instancia o instrucción, en cambio, no a quienes juzgan y resuelven.

Y en cuanto a la Fiscalía, nos encontramos con un escenario similar. El Estatuto prevé la existencia de un Fiscal de Sala de violencia de género, así como Secciones especializadas en todas las Fiscalías. No es obligatorio el acceso a los cursos de especialización y formación en violencia de género, y su contenido es principalmente jurídico.²⁵.

²⁵Cfr. GARCÉS P.C, y PORTAL D.C, “La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?”, cit., pp.151-158

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y CONSTITUCIONAL SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO LABORAL

La jurisprudencia, en atención a las normas de las que ha ido disponiendo en cada momento, ha venido desarrollando, desde la perspectiva de género, diversas estrategias para poner fin, o al menos paliar, la situación de discriminación sobre la mujer.

En este sentido, ha analizado algunos conflictos desde la discriminación tanto directa como indirecta, desde las acciones positivas o desde la igualdad de oportunidades o de resultados.

Trataremos algunos casos en los que se reflejan estas distintas estrategias.

5.1 SENTENCIAS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO

Desde la perspectiva de la discriminación directa, que es la situación en la que se encuentra una persona que haya sido o pudiera ser tratada en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en la misma situación, ha abordado el problema de las cláusulas de celibato, la prohibición de la mujer a acceder a determinados puestos de trabajo, salarios diferentes, o, como analizaremos a continuación, pues considero que son realidades que se repiten en la actualidad y de suma importancia para detenernos; la imposición de un código de vestimenta discriminatorio, el despido a causa de embarazo y el acoso sexual en el trabajo.

5.1.2 DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO DE VESTIMENTA

Respecto a la exigencia de determinada apariencia física en el ámbito laboral, rescatamos la *STC 84/2006 27 de marzo*. Un sindicato demandó a Renfe porque obligaba a utilizar falda a las empleadas que servían en el tren de alta velocidad, sin otorgarles la posibilidad de vestir pantalones. Los dos órganos judiciales ordinarios que

conocieron, no observaban violación de los derechos de las trabajadoras, porque no suponía un ataque a su honor y dignidad.

A la vista de los datos aducidos por ADIF, el TC requirió a la empresa acreditar documentalmente la decisión empresarial por la que se autorizaba a las trabajadoras de AVE a utilizar indistintamente la falda o el pantalón en su uniforme.

El sindicato recurrente entendió que, aun admitiendo que ya estaba permitido el uso del pantalón en el uniforme femenino, ello no debía provocar la extinción de su recurso de amparo, en el que se suscitaba un relevante problema constitucional, que tenía que ver con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como con la igualdad y el derecho a la intimidad (arts. 14 y 18.1 CE).

Sin embargo, la propia empresa pública cumplió de manera íntegra la reivindicación laboral planteada, que consistía en otorgar a las trabajadoras la elección entre falda y pantalón en su uniforme. De este modo, la reparación de los derechos fundamentales que se denunciaban vulnerados, se produjo extraprocesalmente con anterioridad a que el Tribunal dictara su decisión, por la desaparición de la causa hipotética de lesión de derechos, resultando ya inexistente. Por lo que, el TC acabó fallando extinguido el recurso de amparo interpuesto por el SFF-CGT, *por desaparición sobrevenida de objeto, al haberse producido la satisfacción extraprocesal de la pretensión*”.

Otra Sentencia siguiendo este hilo de discriminación por razón de vestimenta en el trabajo, fue la *STS de 19 de abril de 2011*.

La cuestión que debía resolverse en esta ocasión, consistía en determinar si, resultaba constitucionalmente lícita, la práctica empresarial adoptada sobre la uniformidad que deben seguir las mujeres enfermeras o auxiliares de enfermería, que prestan servicios en la empresa en planta y consultas externas.

Estas trabajadoras debían llevar en su trabajo falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el pijama sanitario de dos piezas; pantalón y chaqueta, que llevan los trabajadores masculinos de las mismas categorías profesionales y que desarrollan su actividad en las mismas dependencias que aquéllas (FJ1).

El Tribunal Supremo explica en el FJ6 que:

“la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadanos. Del mismo modo, la libertad de empresa no legitima que los

trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”.

El problema radica en la diferente atribución de vestimenta, según fuera hombre o mujer, aún siendo asignados las mismas funciones, perteneciendo a la misma categoría profesional.

Es claro que imposibilitar a aquellas mujeres trabajadoras, la opción de llevar el pijama sanitario, que los hombres de su misma categoría y actividad utilizaban, imponiendo la necesidad sin justificación alguna de que vistan falda, medias, delantal con peto y cofia, supone una discriminación por razón de género.

De esta manera, el TS determinó que, ante el panorama de lo que parecía una distinción por razón del género, era preciso saber si ostentaba una justificación objetiva y razonable, si se trataba de una medida equilibrada, ponderada y necesaria para materializar la facultad empresarial de uniformidad de sus empleados.

Por lo que, en el FJ7 determina la existencia de un componente claro de distinción vinculado al género de las trabajadoras *„que al resultar obligatorio para ellas y no permitírseles que vistan la indumentaria generalizada del pijama sanitario, que sí utilizan los hombres y otras mujeres de su misma categoría, pero en otras dependencias, supone una actitud empresarial que no resulta objetivamente justificada y por ello discriminatoria”.*

Es preciso matizar que el TS no apreció (FJ9) una vulneración de los derechos fundamentales de intimidad (artículo 18 CE) y dignidad (artículo 10 CE), al no existir *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”*, o el derecho a la propia imagen.

El TS explica que la utilización de la falda en dimensiones normales está socialmente aceptado, como algo corriente y se vincula con ideas tradicionales de elegancia femenina. Además, no hay exhibición física inadecuada o excesiva, sino que, es absolutamente normal desde el punto de vista de los usos sociales.

5.1.2 DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR EMBARAZO

Quisiera hacer mención a las diversas estrategias y esfuerzos llevados a cabo por la legislación y la jurisprudencia para proteger a la mujer embarazada en el ámbito laboral. Es este uno de los elementos de discriminación más potentes y perjudiciales, no

sólo para la mujer, sino para toda la sociedad: la protección abarca al acceso al trabajo, a la promoción profesional, al periodo de pruebas y también al despido.

La acción protectora en el ámbito laboral de la trabajadora embarazada, parte del mantenimiento del propio contrato de trabajo. Así, los arts. 53.4 y 55.5 del TRLET, que regulan los despidos objetivos y los despidos disciplinarios, fijan la nulidad del despido de una trabajadora, cuando esté motivado por una discriminación contemplada en la legislación, o cuando viole cualquier derecho fundamental y libertad pública de la trabajadora.

También se considera nulo aquel despido en periodos de suspensión del contrato, *por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos*”.

Esta protección frente a la discriminación por motivo de sexo (art. 14CE), llega a nuestro ordenamiento como transposición de la Directiva 92/85/CE. En un primer momento, fue transpuesta a nuestro ordenamiento con la LPRL y posteriormente continuó su trasposición mediante la Ley 39/1999 que establece la nulidad del despido, en el caso de la trabajadora embarazada, y durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo. Pero marca una diferencia con el criterio seguido en la Directiva, al no exigir el requisito previo de la comunicación al empresario sobre su estado de embarazo. Se salvaguarda también lo dispuesto en el art. 18.1 CE que tutela el derecho a la intimidad de la trabajadora, siendo la comunicación del estado de gestación un acto voluntario.

Esta Ley dio nueva redacción a los arts. 53.4.b) y 55.5.b) del TRLET, y establece la protección de la trabajadora embarazada desde el inicio del embarazo.

Y finalmente, la Directiva 92/85/CE completó su trasposición con la LO 3/2007, que mediante sus Disposiciones adicionales 11.12 y 11.14, modificaron los apartados 5 de los respectivos arts. 53 y 55 del TRLET, ampliando los supuestos de la prohibición del despido al resto de las causas relacionadas con la maternidad, como los periodos de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por el embarazo.

Esta cuestión ha generado múltiples sentencias en diferentes sentidos, dependiendo si la condición del conocimiento previo implicaba o no la existencia de indicios de discriminación y, por tanto, era motivo suficiente para declarar nulo el despido.

En un primer momento, esta controversia fue resuelta por el Tribunal Supremo defendiendo el criterio de que, sin conocimiento de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora, no puede haber indicios de discriminación, puesto que la acción de discriminar se realiza sobre algo conocido.

Sin embargo, este criterio fue evolucionando hasta determinar que, el conocimiento previo no debía ser determinante para la protección de la mujer embarazada. A continuación, exponemos varias sentencias que refuerzan esta protección.

En la *STC 98/2003, de 2 de junio*, el Tribunal estimó el amparo solicitado por una trabajadora, que ocupaba la jefatura de la secretaría de un consejero regional, pero que fue cesada presuntamente por “*errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones*”. Se demostró que la causa fue haberse quedado embarazada, encontrándonos, de esta manera, ante un caso de discriminación directa oculta. El TC no consideró “verosímiles” las razones que aportó el empleador para despedirla.

En el FJ3 exige que, cuando se alegue una determinada medida que, en realidad, encubra una conducta lesiva de derechos fundamentales, el autor de la medida debe probar que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental.

La correlación temporal entre el anuncio de su embarazo y la resolución administrativa que declaró su cese, sin que se produjera ningún acontecimiento que hiciera notar ese desenlace, permite apreciar la existencia de una relación de causa-efecto entre ambos hechos, estimándose acreditada la apariencia de lesión del derecho constitucional.

Un caso muy evidente ocurre en la *STC 175/2005 de 4 de Julio*, donde el Tribunal otorga el amparo a una auxiliar de clínica que fue contratada por lo menos 14 veces en plazo de año y medio, de modo tanto interino como eventual, hasta que la empresa fue conocedora de su embarazo. A partir de este momento, no volvió a recibir noticia de renovación alguna. Son claros los indicios de discriminación por embarazo.

Avanzando en esta protección, recogemos la *STC 182/2005 de 4 de Julio*, en la que el Tribunal no sólo otorgó protección constitucional de la trabajadora embarazada frente al despido o no renovación de su contrato, también ante la obstaculización de su promoción profesional.

La empresa había ido asignando a esta trabajadora tareas de menor escala cambiando de puesto de trabajo, teniendo cada vez menos responsabilidad, como

consecuencia de su triple maternidad. No fue capaz la empresa de aportar ninguna prueba que desvirtuara este nexo causal entre sus embarazos y la disminuyente responsabilidad en su puesto de trabajo.

Por otro lado, en la *STC 17/2007, de 12 de Febrero*, el Tribunal otorgó el amparo, a una trabajadora que había sido despedida formalmente, por no haber superado un periodo de prueba. Sin embargo, ello no se ajustaba con la realidad, puesto que, esta trabajadora ya había tenido un contrato temporal con la misma empresa, con su periodo de prueba correspondiente. Lo que motivó el despido fue las frecuentes bajas laborales a causa de su embarazo de alto riesgo.

Por lo que, el TC acabó censurando el razonamiento del órgano judicial ordinario que había justificado el despido por el bajo rendimiento de la trabajadora, debido a las “enfermedades” derivadas de un embarazo problemático.²⁶

Finalmente, la *STC 92/2008, de 21 de julio*, establece la doctrina a seguir a partir de ese momento, al enjuiciar si había existido o no una vulneración del art. 14 CE, y optando por esta segunda tesis como el criterio a seguir. Entiende que, “*en caso de no ser procedente, el despido debe ser declarado nulo aún en los supuestos en los que no existe conocimiento empresarial de la situación del embarazo*”, otorgando una mayor protección al régimen de nulidad de los despidos discriminatorios. Se acaba así con las contradicciones al eliminar cualquier condicionalidad entre la comunicación de situación de embarazo y la declaración de nulidad del despido. En definitiva, quedará prohibido el despido por causa de embarazo, con independencia de la comunicación previa, con la única excepción de aquellos que se declaren procedentes.²⁷

5.1.3 ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

Para profundizar sobre el acoso sexual en el ámbito laboral, que constituye, como hemos explicado en el bloque a él dedicado, una realidad que muchas trabajadoras

²⁶Cfr. REY, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Núm. 129, Vol.43, 2010, pp. 10-12

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ, D., “La protección jurídico-laboral a la mujer embarazada”, *Trabajos Fin de Grado y Máster*, León, 2019, pp.15-18

sufren diariamente, y cuya voz, pocas veces se escucha, al temer perder su trabajo, o tras recibir chantaje emocional de sus empleadores o compañeros de trabajo, acudiremos a varias sentencias del TC que resolvieron a favor de la trabajadora víctima.

La *STC 224/1999 de 13 de diciembre*, analiza cómo la sentencia impugnada habría consumado una lesión de los derechos fundamentales y habría perpetuado los estereotipos de género exigidos a las mujeres en sus conductas (FJ1). En concreto, se refería a una trabajadora que había sido víctima de ofensas físicas y verbales, de significado claramente libidinoso por parte del empresario.

Frente a ellas, siempre reaccionó con claro rechazo e incomodidad, ello se desprende de los hechos probados. Sin embargo, la sentencia impugnada no lo consideró así, sino que fue insuficiente e inadecuada la reacción de la mujer, e incluso, habría tenido un comportamiento de consentimiento y tolerancia. Llegando a la conclusión que la trabajadora, no se había sentido intimidada o agredida.

Respecto al presunto agresor, él negó en todo momento tal acoso, explicando que su empleada siempre exteriorizó una actitud incluso amistosa hacia él, negando que lo hubiera rechazado o hubiera soportado pasivamente.

Los derechos fundamentales que, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, se han visto vulnerados son; el derecho a la intimidad personal plasmado en el art. 18.1 C.E., ya que en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el acoso sexual laboral, al tratarse de un atentado a una parcela tan reservada y personalísima como es la sexualidad, así como el derecho a la dignidad humana (art. 10.1 C.E.). Sin olvidar el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo (art.14 C.E.).

Tales comportamientos agresivos, afirma el TC: *“afectan notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. No puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende dosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal (FJ5)”*.

Como refleja este caso, lo que vemos en la realidad es, el nacimiento de un entorno laboral hostil e incómodo debido a la gravedad y reiteración de los actos de carácter machista que afectan a la salud mental de la víctima. Ello perjudica su libre

desarrollo de la prestación laboral, que debería producirse en un ambiente libre de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal.

5.2 SENTENCIAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO

La discriminación indirecta supone una mayor dificultad a la hora de probarla. Se produce cuando una persona sufre una situación de desventaja por la aplicación de una práctica, criterio o tratamiento que, en apariencia, es neutro. Actualmente es la forma de discriminación más frecuente.

A pesar de que muchas leyes, normas o prácticas sociales, en un primer momento, parece que tratan de igual forma a hombres y a mujeres, al final, tienen como efecto, un resultado desigual para las mujeres.

En el ámbito laboral, podemos observar diferentes situaciones de discriminación indirecta. Por ejemplo, al permitirse que los hombres y las mujeres se presenten a un puesto de trabajo para el cual se seleccionarán sólo hombres o sólo mujeres, o como analizaremos a continuación, cuando las mujeres tienen que renunciar a promociones laborales, tras enfrentarse a verdaderas dificultades para conciliar su realidad familiar con su vida laboral, pues continúan siendo las principales responsables de la atención y el cuidado familiar. También cuando los sueldos son iguales en una misma categoría, pero se puede verificar que en las categorías peor remuneradas predominan las mujeres.

5.2.1 CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

La *STC 3/2007, de 15 de enero*, nos sirve de punto de referencia para tratar este tema de la conciliación familiar y laboral, al enfrentarse el TC a decisiones judiciales ordinarias que habían denegado el derecho de reducción de jornada, en razón de guarda legal de hijos menores a una trabajadora.

Esta sentencia incorpora el ordenamiento comunitario europeo, en concreto, términos referidos de derecho antidiscriminatorio. Y concluye que la conciliación entre

la vida personal y profesional, proviene de la prohibición de la discriminación por razón de sexo (art. 14 C.E). Ostenta, por tanto, una “dimensión constitucional”, de manera que tiene carácter de principio interpretador. Podemos afirmar que se trata de una sentencia innovadora, ya que reconoce el carácter de “principio” de la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo.

Por otro lado, destaco la *STC 240/1999, de 20 de diciembre* (cuya doctrina se reitera en la *Sentencia 203/2000, de 24 de julio*), en la que el TC trata el problema de la denegación de la excedencia para el cuidado de los hijos a las funcionarias interinas, considerando la medida contraria al artículo 14 C.E. El TC no niega que el interés público de la prestación del servicio pueda justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la Administración, sin embargo, a mayor duración del personal interino en su puesto, sí considera que más injustificada es la diferencia de trato.

El art 39.3 C.E obliga a los padres a prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad. Bien cierto es que, la excedencia para el cuidado de los hijos menores coopera con el efectivo cumplimiento de este deber de los padres. Además, garantiza la protección de la familia (art 39.1 C.E), y promueve la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores. Todo ello justifica su dimensión constitucional.

La negación de esta excedencia para los funcionarios interinos provoca en la práctica una serie de perjuicios en el ámbito familiar, y sobre todo en el laboral, que afectan mayoritariamente a las mujeres que se encuentran en esta situación de interinidad.

Sigue afirmando el TC en su FJ5, que en el ámbito laboral, la denegación de esta posibilidad, supone un obstáculo esencial para la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello se explica, no porque la legislación vigente conceda esta posibilidad únicamente a los varones, sino que debemos trasladarnos a lo que

verdaderamente ocurre en la sociedad, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas.²⁸.

Y esto es lo que explica el TC de forma clara, y a continuación rescataremos, obligando a tener siempre en cuenta la perspectiva de género a la hora de aplicar el Derecho y resolver las controversias, otorgando soluciones jurídicas justas. De esta forma, declara el TC:

“Hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, al serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo”

5.2.3 DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA RETRIBUCIÓN SALARIAL

La STC 58/1994, de 28 de febrero estudia si han de considerarse de igual valor, los trabajos desempeñados preferentemente por mujeres, respecto de los trabajos, mejor retribuidos, realizados preferentemente por hombres.

El problema se centra, si constituía o no una discriminación, el hecho que las empleadas de las secciones de envasado y expedición de la empresa *Antonio Puig, S.A*, a pesar de ostentar categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros de las mismas secciones, percibían una retribución mensual sensiblemente inferior. El empleador no logró justificar de forma suficiente la diferente retribución. Se trataba entonces, de una discriminación prohibida, siendo el único criterio de diferencia, el “*mayor esfuerzo físico*” de los varones. Esto constituye un criterio puramente sexista. Así lo ha declarado el TJUE en la Sentencia de 17 octubre de 1993.

Observamos otras sentencias del TC que determina la existencia de esta discriminación sexista en la retribución.

²⁸REY F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 15, 20.

La STC 147/1995, de 16 de octubre, identifica como discriminación indirecta, la diferencia retributiva del distinto trabajo, pero de igual valor, de las mujeres que se dedican al trabajo de envasado y control estadístico, y de los hombres, que se dedican al trabajo de mezclas, moldeado y bombas de satinado dentro de una empresa. En este caso, tampoco el empleador consiguió probar que los criterios de diferencia retributiva fueran neutrales. Tampoco su valoración fue objetiva y transparente, por lo que no consiguió desvanecer la apariencia discriminatoria.²⁹.

La STS de 18 de julio de 2011(Recurso 133/2010), señalaba la situación de discriminación existente en la promoción laboral. El TS apreciaba discriminación indirecta por razón de sexo, en la promoción profesional, y en concreto, en el pase a las categorías de coordinador y de mando, debido a la desproporción adversa que sufrían las mujeres al ascender a estas categorías.

El techo de cristal se observaba en los puestos más altos que eran ocupados principalmente por hombres, en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres. La empresa no logró justificar de forma razonable esta situación discriminatoria.

También se han analizado situaciones de discriminación por razón de sexo a través de los pluses, aumentando la brecha salarial existente. Respecto a ello, habla la STS 1908/2014 de 14 de Mayo (Recurso 2328/2013).

En este ocasión, el TS apreció discriminación retributiva indirecta por razón de sexo, que afectaba a un “plus voluntario y absorbible” porque, a diferencia de lo que ocurría en otros departamentos, donde primaban los hombres como camareros de bares y de cocina, la cuantía del plus para las llamadas “camareras de pisos” era sensiblemente inferior y en esa categoría solo trabajaban mujeres. La empresa no logró dar una justificación objetiva y razonable para este desigual trato en la cuantía del plus (FJ1).

El derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art.14 CE es vulnerado debido a *“la existencia de un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho”* (FJ2).

Esta diferencia de trato representa un trato retributivo que discrimina peyorativamente a las mujeres, llegando al punto de recibir sumas significativamente

²⁹Ibídem. P.16-17

muy inferiores en comparación con sus compañeros varones. La realidad es que, en ningún caso alcanzaban siquiera el 10% de lo que se cobraba en los departamentos mayoritariamente ocupados por hombres.³⁰.

³⁰Publicado por el Consejo General del Poder Judicial. Rescatado de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Jurisprudencia_TS_mujer%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Jurisprudencia_TS_mujer%20(3).pdf) P.1-3

6. CONCLUSIONES

Primero.- La incorporación de la perspectiva de género debe ser transversal, obligando al legislador y a los operadores jurídicos, así como los poderes públicos, a tener presente siempre, las circunstancias sociales y culturales que determinan la situación de desigualdad de las mujeres. La búsqueda de la igualdad material, y no únicamente formal, únicamente se logrará si, este enfoque de género pasa a estar presente en la jurisprudencia y las leyes, así como en la educación.

Segundo.- En el marco legislativo internacional, uno de los mayores hitos en la protección de derechos de la mujer, es la CEDAW; primer instrumento que persigue la igualdad material. También la Declaración y Programa de Acción de Viena, y la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción. Mientras que en el marco legislativo español, el instrumento base de la igualdad efectiva, es la LO 3/2007, que incorpora la Estrategia de Gender Mainstreaming para hacer frente a todo tipo de discriminación, y constituye un gran avance para la esfera de la conciliación laboral y familiar de las mujeres, así como la prevención del acoso sexual en el trabajo.

Tercero.- El ordenamiento legislativo español ha experimentado modificaciones en un intento de adaptarse a la realidad social, y conseguir la igualdad material. Por un lado, el Derecho penal ha incorporado la perspectiva de género gracias a las reformas introducidas por la *LO 1/2004* en el Código penal. En cuanto al Derecho Civil, esta incorporación afecta a la conciliación entre la familia y empleo para la mujer, intentando establecer una corresponsabilidad de tareas entre ambos progenitores. Otro aspecto que experimenta una rectificación de su marco legal, es el divorcio, gracias a la Ley 15/2005, suprimiéndose la exigencia de separación previa, y avanzando en el libre desarrollo de la personalidad y plena voluntad de los cónyuges. Así como otras esferas sociales, como el reconocimiento del matrimonio homosexual, rompiendo con la rígida institución de la familia tradicional, surgiendo un nuevo modelo familiar. Y el establecimiento de la custodia compartida, que tantos beneficios otorga a los hijos, en un intento de crear un marco que se aproxime al previo de la ruptura, pero que tanta polémica y crítica ha provocado. Y por último, se ha hablado de la perspectiva de género en el Derecho procesal, presentando una crítica tanto hacia la rapidez con que se desarrollan los juicios referidos al maltrato y lesiones, como el escaso conocimiento

sobre la materia que tienen los operadores jurídicos y la poca presencia de los juzgados especializados en los partidos judiciales.

Cuarto-. El último bloque de la tesis se destina a analizar la discriminación directa e indirecta por razón de género, en el ámbito laboral, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. En las sentencias de discriminación directa, observamos cómo las mujeres siguen soportando a día de hoy, órdenes de una vestimenta diferenciada a los hombres, o son despedidas a causa de su embarazo, y acosadas sexualmente por sus compañeros o altos directivos. En las sentencias de discriminación indirecta, exponemos los obstáculos que tienen las mujeres para conciliar su vida familiar y laboral, evitando perder su trabajo, al igual que la discriminación en la retribución salarial que reciben respecto a sus compañeros varones.

7. BIBLIOGRAFÍA

A. ARTÍCULOS DE REVISTA

Cfr. CARRASCO, L.A., “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2011, p. 5

Cfr. JUSTICIAA., DÍAZ M^aD., CORREDOR G.A, ARCO C., “Custodia compartida: razonamientos judiciales y criterios psicológicos”, *Revista Iberoamericana de Psicología: Ciencia y Tecnología*, Vol.12, Núm. 1, 2019, p. 10

Cfr. PAUTASSI, L., “La igualdad en espera: el enfoque de género”, *Revista Lecciones y Ensayos*, Vol. 89, 2011, pp. 280-284

Cfr. REY. F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol.43, Núm. 129, 2010, p. 10-12, 15-17, 20

Cfr. GARCÉS, P.C., y PORTAL, D. C., “La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?”, *Pensamiento Constitucional*, Vol.21, Perú, 2016, pp. 108-111, 117-119

Cfr. RODRÍGUEZ, S., “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Núm. 28, 2011, pp.228-245

Cfr. TURNS, T., “Conciliación de la vida laboral y familiar o corresponsabilidad: ¿el mismo discurso?”, *Revista interdisciplinar de estudios de género*, Núm. 1, 2011, p.8

Cfr. NAVARRO, Y., CLIMENT, J., RUIZ, M., “Percepción social de acoso sexual en el trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 30, Núm. 2, 2012 pp.541-543

Cfr. PÉREZ, M.T, “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Núm. 91, 2007, p.186

Cfr. FARALDO, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista penal*, Núm.17, 2006, pp.87-92

Cfr. BOLEA C., “En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 9, 2007, pp.13-18

Cfr. GÓMEZ, V., “El debate en torno a la regulación de la igualdad de género en la familia”, *Política y Sociedad*, Vol.45, Núm.2, 2008, pp 15-26

Cfr. FERNÁNDEZ, D., “La protección jurídico-laboral a la mujer embarazada”, *Trabajos Fin de Grado y Máster*, León, 2019, pp.15-18

Cfr. Ministerio de Trabajo y Economía Social. “Guía Laboral - Suspensión y extinción del contrato de trabajo”. Disponible en:

http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_1.htm

B. LIBROS

Cfr. GISBERT GRIFO, S., *Balanza de Género*, LoQueNoExiste, Madrid, 2018, pp24, 59, 130-8, 151-8

Cfr. HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A, Barcelona, 2001, p. 90

RUIZ, P., “Una aproximación al concepto de género”, En *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Defensoría del Pueblo, 1999, p.4

C. INSTRUMENTOS DE NACIONES UNIDAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Cfr. BINSTOCK, H., "Towards equality for women: progress in legislation since the adoption of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" en *Serie Mujer y Desarrollo de Naciones Unidas*, Santiago de Chile, 1998, p.9

Cfr. Directiva de 5 de julio del 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación DO de 27 de julio del 2007, L 204/23

Cfr. Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. (Beijing, 4 a 15 de setiembre de 1995)*. A/CONF.177/20/Rev.1, Nueva York: 1995, p. 2

Cfr. Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Consejo Económico y Social correspondiente a 1997*, Suplemento No. 3(A/52/3/Rev.1), Nueva York, 1999, p.24

D. GUÍA SINDICAL. CCOO

Cfr. BRAVO C., "La acción sindical frente al acoso sexual.", *Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO*, 2009, pp.24-30

E. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 58/1994, de 28 de febrero de 1994

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia 147/1995, de 16 de octubre de 1995

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 224/1999 de 13 de diciembre de 1999

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 240/1999, de 20 de diciembre de 1999

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 98/2003, de 2 de junio de 2003

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 175/2005, de 4 de julio de 2005

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 182/2005, de 4 de Julio de 2005

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm.84/2006 de 27 de marzo de 2006

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 3/2007 de 15 de Enero de 2007

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 17/2007, de 12 de febrero de 2007

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 133/2010, de 2 de diciembre de 2010

TRIBUNAL SUPREMO

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 3120/2011 de 19 de Abril de 2011

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia núm. 1908/2014 de 14 de Mayo de 2014